



**A DECISÃO JUDICIAL NOS CASOS DIFÍCEIS:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO DEBATE ENTRE DWORKIN E POSNER**

**THE JUDICIAL DECISION IN HARD CASES:
AN ANALYSIS FROM THE DEBATE BETWEEN DWORKIN AND POSNER**

¹ **Geraldo Neves Leite**

² **Jean Carlos Dias**

RESUMO

O presente artigo expõe o debate entre Ronald Dworkin, com sua sólida Teoria do Direito como Integridade, e Richard Posner, principal expoente da Análise Econômica do Direito. É uma pesquisa qualitativa baseada em revisão bibliográfica. Dworkin e Posner divergem, principalmente, sobre duas questões. Enquanto Posner compreende que os argumentos de política podem fundamentar uma decisão judicial e que, em razão da indeterminabilidade do direito, casos difíceis não admitem uma única resposta certa, Dworkin, diversamente, questiona se não pode haver mesmo uma única resposta certa e defende, em princípio, que argumentos de políticas não podem servir de fundamento para decisão judicial.

Palavras-Chave: Teoria do Direito; Casos Difíceis; Princípios; Políticas Públicas.

ABSTRACT

This article presents the debate between Ronald Dworkin, with its solid theory of Law as Integrity, and Richard Posner, leading exponent of Economic Analysis of Law. It is a qualitative research based on literature review. Dworkin and Posner differ mainly on two issues. While Posner understands that the policy arguments can justify a judicial decision and that, because of the indeterminacy of law, hard cases do not admit single right answer, Dworkin, otherwise, wonders if there can not be even a single right answer and argues, in principle, that policy arguments can not serve as a basis for judicial decision.

Keywords: Theory of Law; Hard cases; Principles; Polyces.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA, Belém, (Brasil). Juiz de Direito. E-mail: gnleite@globocom.com

² Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Belém, (Brasil). Professor (Graduação e Pós-Graduação) do Centro Universitário do Pará – CESUPA, Belém. E-mail: jean@bastosedias.com

1 INTRODUÇÃO

Quando casos são levados à apreciação judicial, espera-se que o juiz, ao solucionar a controvérsia a partir dos fatos apresentados pelas partes no processo, decida o caso baseado nas regras jurídicas. Muitas vezes a resposta do Judiciário esbarra numa indefinição. Nestas situações as regras jurídicas não são claras ou não regulam as questões de fato e de direito controvertidas. São os chamados casos difíceis ou complexos (*hard cases*), nos quais a decisão depende de uma interpretação do direito além das regras jurídicas positivadas.

Esse tema é alvo do famoso debate entre Ronald Dworkin e Richard Posner, sendo que o primeiro entende que o juiz, pode se basear, além de regras, em princípios jurídicos que lhe permitam encontrar a melhor resposta para a solução do caso, enquanto o segundo, admitindo que a decisão pode se basear, além de regras e princípios jurídicos, em argumentos de política, não aceita a ideia de uma resposta certa para a solução de casos difíceis.

O presente artigo tem como objeto de estudo a exposição desse debate travado entre Ronald Dworkin, e a sua Teoria do Direito como Integridade, a partir de sua obra *Levando os direitos a sério*, publicada em 1977, e Richard A. Posner, e a sua Teoria Econômica do Direito, a partir de sua obra *Economia da Justiça*, publicada em 1981, sobre a decisão judicial de casos difíceis (*hard cases*).

O livro *Levando os direitos a sério*, que se originou, na verdade, de uma coletânea de artigos que vinham sendo publicados desde a década de 1960, a qual fazia críticas ao Positivismo Jurídico, em especial, ao livro *O Conceito do Direito*, de H. L. A Hart, publicado em 1961, traz em seu capítulo 4, uma crítica de Dworkin a teoria dos casos difíceis fornecida pelo positivismo jurídico.

A partir dessa crítica à ideia positivista de que em casos difíceis – quando as leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) não se revelarem suficientes para justificar a decisão judicial – o juiz pode agir com discricionariedade, Dworkin formula sua própria teoria dos casos difíceis, afirmando que nesses casos, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção e que, à primeira vista, a decisão gerada possa ser guiada seja por princípios, seja por políticas, o juiz deve decidir a partir de argumentos de princípios e não de políticas.

Essa teoria de Dworkin para casos difíceis passou a sofrer críticas tanto de positivistas quanto de outros teóricos do direito não positivistas, como Richard Posner, que a partir de seu livro *A economia da Justiça*, buscou questionar a tese de Dworkin sobre casos difíceis



defendendo a ideia de que nem todas as questões jurídicas tem respostas corretas e de que há uma área de indeterminabilidade do direito.

Como será demonstrado ao longo do presente ensaio, Dworkin e Posner divergem principalmente sobre o uso ou não de argumentos de políticas para casos difíceis e a existência ou não de uma resposta certa para esses casos exemplares.

Tendo em vista o objetivo do artigo, o procedimento metodológico adotado foi a pesquisa bibliográfica, sendo levantados e analisados livros, artigos científicos e periódicos pertinentes ao tema, que pudessem permitir uma melhor compreensão do objeto deste estudo.

O artigo está dividido em quatro seções. Na primeira seção, pretende-se descrever como Dworkin concebe os casos difíceis e como sua Teoria do Direito como Integridade se desenvolveu para solução desses casos. No item seguinte, apresentar-se-á Posner e sua Análise Econômica do Direito para decisão de casos difíceis. O debate entre eles, nesse primeiro momento, será voltado para admissão ou não de argumentos de política para fundamentação da decisão judicial.

Na terceira seção, destacar-se-á a controvertida tese de Dworkin sobre a possibilidade de existência de uma única resposta certa para solução de casos difíceis. Dworkin, como será demonstrado, não afirma, mas sim indaga porque não poderia haver mesmo uma resposta certa. Em seguida, ele contesta todas as objeções existentes contra a ideia de uma resposta certa. Posner, por entender que a indeterminabilidade do direito é visível nos casos difíceis, contesta, no item seguinte, a tese de uma única resposta, enfatizando toda a dificuldade para se buscar uma resposta na solução de casos difíceis.

Por fim, a partir da construção teórica abordada, serão feitas as considerações finais, explicitando os principais pontos sustentados e conclusões de Dworkin e Posner.

2 A CONCEPÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS PARA DWORKIN

Ronald Dworkin é reconhecidamente o maior expoente contemporâneo da filosofia do direito anglo-americana, cuja contribuição está no desenvolvimento de uma teoria do direito sólida e consistente, a Teoria do Direito como Integridade ou Interpretativismo Jurídico, que permite ao juiz interpretar o direito a partir de suas próprias responsabilidades morais e éticas.



A expressão “casos difíceis” (*hard cases*) foi adotada por Dworkin, na obra *Hard Cases*, publicada pela Harvard Law Review, em 1975. Neste trabalho, ele pretendia refutar a tese hartiana sobre a discricionariedade judicial na trama ou textura aberta do direito. Contudo, a expressão “casos difíceis” é obviamente problemática, pois não parece haver uma tipologia única para identificar quais casos seriam difíceis e quais não seriam.

No livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (2002), ao tratar dos casos difíceis, enfatiza que o próprio Positivismo Jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Segundo esta teoria, quando uma ação judicial específica não puder ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem o poder discricionário de decidir o caso de uma forma ou de outra.

Para Dworkin, mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).

Afirma Dworkin (2002, p. 129) que os juízes não podem legislar nem criar direito novo, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Essa distinção não leva em conta a importância de uma distinção fundamental na teoria política entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Dworkin (2002) defende a tese de que as decisões judiciais nos casos difíceis são e devem ser de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas. Segundo ele, o argumento de princípio resiste a crítica de originalidade judicial, pois estipula alguma vantagem apresentada por quem, reivindica o direito, permitindo ao juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, avaliar o argumento em uma melhor posição.

Além disso, o argumento de princípio resiste a crítica segundo a qual o juiz quando cria uma nova lei pune a parte perdedora, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Para o autor, se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. “Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido



injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio de uma publicação em uma lei” (DWORKIN, 2002, p. 135).

Dworkin fundamenta suas considerações sustentando que, diversamente do caso dos argumentos de política, os princípios exigem uma “consistência distributiva” a todos os casos, dado que não admitem, sem argumento de coerência, a distribuição desigual de algum benefício. O caso de defesa do aborto é esclarecedor nesse sentido:

Suponhamos que um deputado ou senador vote contra o aborto com base na crença de que a vida humana é sagrada em todas as suas formas, mas que em seguida vote favoravelmente a uma lei que permite que os pais de bebês com malformações interrompam o tratamento médico que poderia mantê-los vivos. O congressista em questão poderia alegar que percebe uma diferença entre os dois casos, mas o princípio da responsabilidade estritamente aplicado não lhe permitirá esses dois votos, a menos que ele possa incorporar essa diferença em alguma teoria política geral que ele professe com sinceridade (DWORKIN, 2002, p. 137).

Nesse aspecto, um argumento de princípio pode oferecer uma fundamentação para uma decisão particular em um caso concreto, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em casos hipotéticos.

Tal argumento, para Dworkin, não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política. O uso de argumentos de princípio exige do juiz coerência, não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio, mas também na aplicação do princípio que tomou por base³.

Afirma Dworkin que os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Para ele, há uma distinção entre direitos e metas. Contudo, reconhece teses que relacionam direitos e metas, como a teoria de utilitarismo de regras que sustenta que a força de um direito depende de seu poder de promover alguma meta coletiva.

³ Apesar de seu posicionamento contrário ao uso de argumentos de política para justificar uma decisão judicial não ter se alterado ao longo de sua obra, é possível constatar que sofreu um refinamento a partir da obra *Império do Direito*. Segundo Dworkin (1999), o direito insiste que a força pública não deve ser usada ou refreada para os fins que se destina, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força. Neste cenário, pode-se compreender que Dworkin admite ser possível que uma decisão baseada em argumento de política, inicialmente tomada pelo Poder Público, visando determinada meta, influencie na decisão judicial.

Uma teoria política poderia, por exemplo, estipular o direito à liberdade de expressão com base na hipótese de que a aceitação desse direito pelos tribunais e por outras instituições políticas viesse a promover, a longo prazo, uma maior utilidade média para os membros da comunidade.

Ao examinar a relação entre economia e princípios, Dworkin (2002, p. 151) sustenta que em seu aspecto descritivo, a tese dos direitos afirma que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas. Em resposta a Análise Econômica do Direito (AED) que sustenta que os juízes quase sempre decidem com base em políticas e não em princípios, Dworkin contesta dois argumentos da AED: 1) o argumento de que quase todas as regras desenvolvidas por juízes em matérias tão dispares como ilícito civil, contrato e propriedade atendem ao objetivo coletivo de tornar as alocações de recursos mais eficientes; 2) o argumento de que, em certos casos, os juízes fundamentam suas decisões explicitamente na política econômica. Para ele, nenhuma dessas afirmações subverte a tese dos direitos baseada no argumento de princípios.

Para ele, a primeira afirmação não faz referência alguma às intenções dos juízes que decidiram os casos por meio do estabelecimento de regras que aumentam a eficiência. Segundo Dworkin (2002), ela não pressupõe que esses juízes estavam conscientes do valor econômico de suas regras, ou que teriam reconhecido esse valor como um argumento favorável a suas decisões. Para ele, a base das decisões foi baseada em equidade e não em utilidade.

Dworkin (2002) relata que Posner, ao contrário, defende essa afirmação ao pressupor uma concepção particular da alocação eficiente de recursos que ocorre quando o bem-estar da comunidade é maximizado toda vez que determinado recurso está nas mãos de alguém que pagaria mais do que qualquer outro para possuí-lo.

Em relação a segunda afirmação, Dworkin sustenta que mesmo quando os juízes se referem explicitamente à política econômica em alguns casos, tais argumentos partem de princípios abstratos concorrentes. Ele cita o exemplo de caso de negligência:

(...) se um homem estiver se afogando e outro puder salvá-lo com um risco insignificante para si mesmo, o primeiro tem um direito moral a ser salvo pelo segundo. Tal proposição poderia ser facilmente colocada em termos econômicos: se a utilidade coletiva de ambos for grandemente incrementada graças a um salvamento, e seu salvador tiver o dever de salvá-lo. (...) Sem dúvida, se a tese dos direitos for bem fundamentada, nenhum juiz poderá apelar a essa proposição jurídica, a menos que ele acredite que o princípio do respeito mínimo enuncia um direito jurídico abstrato; se apelar, poderá montar seu argumento de acordo com uma fórmula econômica sem que, com isso,



transforme seu argumento de princípio em argumento de política (DWORKIN, 2002, p. 155).

A tese dos direitos de Dworkin estabelece que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos, mas os direitos concretos devem ser institucionais e jurídicos.

Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados. Como assinala o jurista estadunidense, eles incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta. Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância. O primeiro é a ideia de propósito de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. O segundo é o conceito de princípios que está subjacente ou inscrito às regras positivas do direito. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política de que casos semelhantes devem ser decididos de maneira semelhante e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer.

Para Dworkin, os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos. Na defesa da tese de haver uma resposta certa para os casos difíceis fundados em um direito jurídico, ele cria um personagem fictício chamado Hércules que, segundo Dworkin, é “um juiz-filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, cuja tarefa é a de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucioná-lo” (SGARBI, 2009, p. 163)

A tarefa de Hércules, para não incidir no problema de criar direito pela discricionariedade judicial como ocorre com os juízes positivistas, é a de encontrar princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade.

No caso dos precedentes judiciais, por exemplo, Dworkin enfatiza que a força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não há sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo.

Nesse sentido, o juiz extrairá algumas conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A maior delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Afirma Dworkin que, se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força

gravitacional alguma, uma vez que seu valor estaria restrito a sua força de promulgação, por alguns termos específicos do precedente (DWORKIN, 2000).

Dworkin entende que o juiz hercúleo deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.

Para Dworkin, o juiz Hércules não seguirá teorias clássicas da decisão judicial que supõem que um juiz segue as leis ou os precedentes até que a clareza de orientação dos últimos deixe claro que ele está livre para agir por sua própria conta. “Sua teoria diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas” (DWORKIN, 2002, p. 184).

Outra questão interessante ao usar a história institucional como justificação de uma decisão judicial em casos difíceis é quando essa história apresenta inconsistência. Segundo Dworkin, a solução está em desconsiderar uma parte da história institucional por considerá-la equivocada. Para isso, ele deve desenvolver uma teoria de erros institucionais, distinguindo entre erros enraizados e erros passíveis de correção.

À vista disso, enfatiza que o juiz hercúleo deve tratar os casos que recebe com uma “teia inconsútil”, a qual não apresenta emendas nem costuras. Para Dworkin, o juiz deve decidir sem criar fendas ou interromper o fio argumentativo. Essa ideia é aprimorada no livro *O Império do Direito*, quando Dworkin (1999) sustenta que, em casos difíceis, o juiz deve decidir utilizando-se de interpretação construtiva à semelhança da interpretação literária⁴.

Assim, conclui o autor, as decisões a respeito dos problemas colocados para Hércules não abrem qualquer campo novo como alguns teóricos sugeriram. Não há nenhuma incidência de uma pretensa “textura aberta” e discricionariedade, visto que o juiz hercúleo encontra-se guiado pela formulação de um esquema de princípios abstratos e concretos que o auxiliam na composição de uma teoria que explica e justifica a decisão como única certa nos termos do direito estabelecido.

Assim sendo, para Dworkin, levar os direitos a sério significa não perder de vista que os direitos individuais são direitos jurídicos preexistentes e que a decisão judicial, mesmo em

⁴ No campo da argumentação, o direito como integridade de Dworkin opera de forma semelhante a metáfora do romance em cadeia, em que as decisões judiciais devem se ajustar aos precedentes (capítulos anteriores do romance), mas também deve oferecer a melhor justificativa para a decisão, a fim de continuar desenvolvendo a história do direito da comunidade de modo compatível com os princípios que a regem.



casos difíceis, deve ser voltada a realização desses direitos, como pressuposto da dignidade da pessoa humana e da igualdade política (DWORKIN, 2002, p. 304-305).

Segundo a teoria dworkiniana, o juiz, ao julgar casos difíceis, sempre estará vinculada a norma jurídica, não havendo espaço pra discricionariedade. Essa vinculação a norma jurídica decorre do fato de que, quando o caso controverso não for abarcado por uma regra jurídica, o juiz, através de um método de interpretação construtiva, deve encontrar e ponderar quais princípios jurídicos podem ser aplicados ao caso.

3 A VISÃO PRAGMÁTICA DE POSNER SOBRE CASOS DIFÍCEIS

Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos da América, é o principal expoente do movimento da Análise Econômica do Direito (AED), além de mais devotado e reconhecido defensor do Pragmatismo Jurídico.

A Análise Econômica do Direito, segundo Posner (2011), somente passou a ter uma estrutura científica entre os anos de 1958 e 1973, quando da publicação do livro de sua autoria denominado *Economic Analysis of Law*, onde os estudos eram mais concentrados na área concorrencial, criminal e outros poucos ramos do direito.

Entretanto, na metade dos anos 1980, notando que o movimento estava reproduzindo um formalismo interdisciplinar, integrando ao direito uma forte influência da economia, os estudos da AED⁵ se voltaram para problemas relacionados ao Estado Regulatório e de Bem-Estar, sustentando que o direito podia ser compreendido como um sistema de comportamento racional, ora voltado para a eficiência, ora para outros fatores, mas sempre por razões pragmáticas. Era a denominada virada pragmática, da qual Posner foi o principal expoente.

O Pragmatismo Jurídico defendido por Posner, desde então, é uma combinação de pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo e análise econômica do direito, de tal forma que se percebe nuance desses movimentos filosóficos em sua teoria. Ele constrói uma teoria antiteórica do Direito.

⁵ O estudo da Análise Econômica do Direito, segundo Dias (2009), procura propor a interdisciplinaridade evidente na utilização dos recursos teóricos da economia no pensamento jurídico. No Brasil, esse movimento teórico tem sido ora chamado de Direito e Economia, ora de Análise Econômica do Direito. Aqui, utilizaremos a última expressão.



Segundo Posner (2009, p. 4), não há um conceito canônico de pragmatismo. Ele o define como uma abordagem prática e instrumental e não essencialista: “interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente’ é”. Portanto, o pragmatismo “olha para a frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro” (POSNER, 2009, p. 4). O pragmatismo jurídico (ou adjudicativo) sustenta, em síntese, que os tribunais devem se basear em regras de cunho procedimental com fins de solucionar os litígios nas áreas jurídicas com a maior eficiência.

No livro *How judges Think*, Posner (2008, p. 40) ressalta a importância do pragmatismo dos juízes por ocasião das decisões judiciais:

“Pragmatism”, in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now, it is enough to note that the work refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. (...) In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule⁶.

Por esse prisma, é preferível que a decisão judicial se baseie nos seus efeitos que na interpretação de um fato ou de um caso anterior ou mais genericamente em uma regra preexistente.

Aplicado ao Direito, o pragmatismo jurídico trata a decisão judicial segundo os precedentes como uma diretriz e não como um dever. Ao enfatizar a prática, o olhar adiante e as consequências, o pragmatismo jurídico de Posner é empírico.

Apesar de muitas ideias de Posner terem sido reformuladas durante o desenvolvimento de sua teoria, ele enfatiza a possibilidade pragmática de atuação do juiz enquanto legislador ocasional nos casos difíceis. Além disso, Posner rejeita a filosofia como método para a busca de unidade e da ordem, reconhecendo que qualquer método teórico que conduza a uma investigação empírica razoável será mais bem avaliada sob o ponto de vista do seu pragmatismo jurídico.

Posner (2007a), na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, buscou na tese de Dworkin sobre a existência de uma resposta certa para determinado caso difícil, o contrapeso para sua

⁶ "Pragmatismo", no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, vai exigir definição cuidadosa. Mas, por enquanto, é suficiente observar que o trabalho refere-se a basear julgamentos (legais ou não) sobre as consequências, em vez de dedução a partir de premissas na forma de um silogismo. (...) No Direito, o pragmatismo refere-se que basear uma decisão judicial sobre os efeitos da decisão é mais susceptível do que sobre a linguagem de um fato ou de um caso ou, mais genericamente, sobre uma norma preexistente. (Tradução livre)



própria teoria pragmática, de que nem todas as questões jurídicas tem respostas corretas e de que há uma área de indeterminabilidade do direito.

A despeito de conceber seu conceito de direito como atividade que exige profissionalismo convergente com o de Dworkin, dele se distancia quando permite que os argumentos de princípios sejam afastados por argumentos de políticas públicas.

Para Posner (2007a), o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade.

As circunstâncias que determinam a razoabilidade, segundo Posner (2007a, p. 175) são “os termos da lei, os precedentes e todos os materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes providenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e a conveniência da estabilidade no direito”.

Em relação a questão do respeito aos precedentes, como explica Arruda (2011), Posner considera sólida a concepção interpretativa de Dworkin do direito como um romance em cadeia, mas, ao mesmo tempo, sustenta que, no direito, há modificação dos capítulos anteriores, “sendo certo que a deferência a esses capítulos depende do mérito intrínseco daquilo que foi decidido anteriormente” (ARRUDA, 2011, p. 177).

No livro *How Judges Think*, Posner (2008, p. 85) sustenta que, para o juiz, julgar é estar consciente de liberdades e constrangimentos: liberdade, porque fazer um julgamento é fazer uma escolha; constrangimento, porque o julgamento é uma questão de deliberação de alternativas a serem sopesadas.

Com essa visão de razoabilidade, Posner pretende estreitar a relação existente durante a fundamentação da decisão judicial entre o raciocínio prático sobre as questões de fato e o raciocínio jurídico sobre as questões de direito.

Os juízes pragmáticos, diz Posner (2007a, p. 301), ao decidirem seus casos, são encarregados de criarem o direito, prevendo as consequências de suas decisões:

(...) ao decidirem seus casos –, os juízes “criam a teoria do direito”, de modo que o direito é o que os juízes fazem, e também as previsões daquilo que farão. Não há contradição, uma vez que a teoria da previsão seja classificada de acordo com uma mais ampla teoria do direito como atividade. O importante é que o direito é algo que autorizou pessoas, em especial, juízes, advogados e legisladores, a fazer, e não uma caixa cuja tampa abrem quando surge uma questão jurídica, na esperança de encontrar uma resposta dentro dela – convidando, assim, ao debate sobre a questão de a caixa incluir apenas regras,

ou regras mais princípios, ou regras, princípios e diretrizes para políticas públicas, ou talvez toda a moralidade política.

A ideia de que os juízes agem apropriadamente quando julgam atentando para as consequências práticas de suas decisões é bem razoável, não apenas do ponto de vista estratégico, mas também histórico, uma vez que os juízes também podem considerar as consequências práticas de decisões judiciais tomadas no passado, ao menos em algumas circunstâncias.

Segundo Green (2010, p. 646), há muitos precedentes que autorizam juízes a considerar o resultado de suas decisões:

(...) Posner's book repeatedly claims that judges act properly when they consider a decision's practical consequences. A principal reason to agree with this conclusion is the historical claim – learned in law school if nowhere else – that many judges have considered practical consequences in the past. Phrased differently, there are ample legalist precedents that authorize judges to consider their decisions' results, at least in some circumstances and to some degree⁷.

Para Posner (2007a, p. 177), um juiz que concebe seu papel assim, pode fundamentar sua decisão judicial, aplicando argumentos de política. Ele descreve quatro passos a serem seguidos, usando um exemplo do direito concorrencial:

O primeiro passo para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, em outros aspectos, não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, consiste em extrair (não – desnecessário dizê-lo – através de um processo dedutivo), da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de guia para a decisão. Atualmente, um popular candidato a tal conceito é a maximização da riqueza, ainda que se trate, como nem preciso dizer, de uma opção contestável. Tendo feito essa opção (a Suprema Corte atual quase o fez por ele, mas não inteiramente), o juiz quererá então examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar a decidir o caso em pauta. Esse é o segundo passo. O terceiro passo é um juízo sobre políticas públicas – em alguns casos, contudo, pode assemelhar-se a uma dedução lógica – que decida o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O quarto passo retorna aos precedentes, mas estes são vistos como autoridades, e não como simples dados; o juiz vai querer certificar-se de que o juízo sobre políticas públicas feito no terceiro passo não é anulado por algum precedente vinculante. Na verdade, essa é a

⁷ (...) O livro de Posner afirma repetidamente que os juízes agem corretamente quando eles consideram consequências práticas de uma decisão. A principal razão para concordar com esta conclusão é a reivindicação histórica - aprendida na faculdade de direito ou em outro lugar – de que muitos juízes têm considerado consequências práticas no passado. Dito de forma diferente, existem amplas precedentes legalistas que autorizam juízes a considerar os resultados de suas decisões, pelo menos em algumas circunstâncias e em algum grau.



terceira e não a segunda vez, que o juiz terá consultado os precedentes. Estes devem ser consultados de início, para determinar se o caso encontra-se, de fato, na área aberta; se assim não for, a análise em quatro passos que descrevi é ignorada.

Com esse raciocínio, Posner (2007a) entende que o juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para ordem pública e para a sociedade.

Para Posner (2007a), o processo de raciocínio impregnado de diretrizes políticas como o do exemplo de direito concorrencial é racional e não arbitrário, sendo mais passível de excluir alguns resultados do que de gerar uma resposta única para a solução do caso judicial.

Sua concepção pragmática lhe permite ir buscar os insumos necessários, como meio instrumental a decisão judicial, tanto nas teorias do direito, quanto em outras ciências sociais, desde que a partir delas sejam possíveis visualizar as consequências da questão jurídica posta em litígio, cabendo ao juiz evitar as externalidades negativas que gerem custos a sociedade, “reconhecendo, portanto, as positivas por trazer benefícios à coletividade” (PEREIRA, 2015, p. 285).

Rodrigues (2007, p. 41-42) define externalidade da seguinte forma:

(...) Por externalidade referimo-nos aos custos ou benefício que as atividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços: se a atividade impõe custos, diz-se que produz uma externalidade negativa; se impõe benefícios, que produz uma externalidade positiva.

Essa é a lógica do pragmatismo jurídico como teoria da decisão judicial. Para Posner, o juiz pragmático utiliza a investigação exata (o silogismo, a lógica, a investigação científica) e a razão prática como instrumentos metodológicos para alcançar a objetividade ou a convicção próxima da realidade dos fatos.

A visão do direito, apresentadas por meio das concepções pragmáticas de Posner, como consequências da decisão judicial para o futuro, não lhe abstrai de sua construção teórica a noção de que os insumos necessários para se chegar aos fins almejados podem ser encontrados tanto nos princípios quanto nas regras jurídicas, malgrado o fato de rejeitar a teoria positivista.

4 DWORKIN PERGUNTA: NÃO HÁ MESMO NENHUMA RESPOSTA CERTA PARA CASOS DIFÍCEIS?

Outra importante questão muito debatida por Dworkin e Posner quando se refere a decisão judicial de casos difíceis é acerca da tese da única resposta certa defendida por Dworkin e criticada por Posner.

Pelo que vimos, a decisão judicial em casos difíceis, segundo Dworkin, invoca uma base normativa que somente pode ser representada por princípios e não por políticas.

Entretanto, como apontou Posner, o argumento em favor do uso de princípios jurídicos como fundamento de decisão judicial revela um problema essencial acerca de sua própria indeterminação. Dworkin responde a essa crítica afirmando que os princípios possuem algumas características que contribuem para afirmar sua clareza: a) eles se apresentam sob a forma de orientação; b) eles admitem o critério de peso e relevância; c) eles estão relacionados a uma “exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 35).

A questão que se coloca é saber se aplicação desses princípios por meio da ponderação efetuada pelo juiz na decisão de casos difíceis, pode ser considerada como a resposta certa?

A análise de Dworkin sobre a questão, no livro *Uma questão de Princípio*, parte da crítica às posições que afirmam não existir resposta certa para casos difíceis. Basicamente, ele enfrenta duas versões, ambas influentes, e procura demonstrar que todas podem ser refutadas (DWORKIN, 2005).

Na primeira versão, a tese da impossibilidade de resposta certa parte da afirmação da existência de conceitos jurídicos intermediários entre conceitos dispositivos. Essa versão sustenta que a “conduta linguística superficial dos juristas, acima descrita, é enganosa porque sugere que não há nenhum espaço lógico entre a proposição de que um contrato é válido e outra de que um contrato não é válido”. Para essa versão, “há uma terceira possibilidade independentemente que ocupa o espaço entre as outras duas” (DWORKIN, 2005, p. 177).

Dworkin refuta essa versão afirmando que nesse espaço, não haveria a possibilidade de “afirmar a correção de qualquer decisão exatamente porque se torna impossível configurar uma situação jurídica que determinaria as consequências jurídicas que se poderia seguramente esperar” (DIAS, 2007, p. 69).

Ao tratar do tema, Dias (2007, p. 69) esclarece que a refutação de Dworkin:

(...) é no sentido de que entre tais conceitos dispositivos não há qualquer espaço cinza que signifique uma outorga de ampla discricionariedade judicial, pelo contrário, o autor aponta que tais conceitos dispositivos se explicam e aplicam pelo seu oposto, isto é, pelo extremo que se pretende negar.



A respeito da questão, Dworkin (2005) sustenta que certos conceitos jurídicos, como os de contrato válido, responsabilidade civil e crime, são considerados conceitos dispositivos e admitem a tese da bivalência, segundo a qual, se o conceito é válido em uma determinada situação, os juízes têm o dever de decidir certos pleitos num determinado sentido, mas se não é válido, os juízes devem decidir no sentido oposto.

Para Dworkin (2005), se considerarmos como verdade que uma troca de promessas constitui ou não um contrato válido, que alguém processado por um delito é ou não responsável pelo dano causado, e que alguém acusado de um crime é ou não culpado, devemos aceitar a ideia de que todos os casos em que essas questões são dispositivas têm uma resposta certa.

A segunda versão nega que “uma das duas possibilidades disponíveis sempre seja válida, porque pode não ser verdade que uma delas o seja” (DWORKIN, 2005, p. 177).

Essa segunda versão, considera três argumentos basilares (imprecisão, positivista e controverso). O primeiro supõe uma inevitável imprecisão ou textura aberta de conceitos jurídicos, o que impede dizer taxativamente que uma proposição é verdadeira ou falsa. O segundo supõe que proposições de direito têm estrutura oculta, explicada pelo positivismo jurídico, que esclarece como pode ser verdadeira uma proposição que um contrato pode ser inválido e ser válido. O terceiro “supõe que as proposições de Direito inerentemente controvertidas não podem ser nem verdadeiras nem falsas” (DWORKIN, 2005, p. 188).

Contra o primeiro argumento, Dworkin sustenta, em apertada síntese, que o fato de alguns conceitos serem imprecisos e o fato de que às vezes a linguagem da lei relativa a um conceito ser imprecisa, não gera como consequência a imprecisão de aplicação do conceito, porque “os diversos métodos de interpretação de padrões jurídicos são suficientemente capazes de revelar o sentido que essas expressões devem assumir em uma determinada situação” (DIAS, 2007, p. 70). Nesse contexto, para Dworkin, eventuais imprecisões não afastam a existência de uma resposta correta a um caso difícil, mas tão somente a necessidade de um processo suplementar de obtenção do sentido.

Em relação ao segundo argumento, de que uma proposição de direito não pode ser verdadeira a menos que uma fonte oficial (lei, costumes ou precedentes) seja verdadeira, Dworkin alega que todas as proposições jurídicas não são verdadeiras nem falsas em relação a algum parâmetro externo, mas, antes, proposições cuja afirmação ou negação é autorizada por regras básicas que variam com a prática. Para Dworkin, o argumento positivo em apoio à segunda tese depende de uma modalidade de pensamento que não foi até o momento estruturado

e, mais que isso, que o sistema positivo que melhor retrata as práticas jurídicas atuais não podem servir de base para validação de proposições jurídicas.

Sobre o terceiro argumento, relativo a controvérsia, Dworkin rejeita a tese da demonstrabilidade e, em consequência, a ideia de que não existe nenhuma resposta certa sempre que esta resposta não seja demonstrável, a despeito de entender ser razoável dizer que “em certos casos muito especiais não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito” (DWORKIN, 2005, p. 211). Verifica-se que os casos difíceis que podem ser considerados como não capazes de ter uma resposta certa são tão especiais (exóticos, nas palavras de Dworkin) que se pode teoricamente desconsiderar sua existência.

5 A INEXISTÊNCIA DE UMA RESPOSTA CERTA PARA POSNER

Como visto anteriormente, Ronald Dworkin desafiou o ceticismo jurídico ao questionar, no livro *Uma questão de Princípio*, se não existia mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos.

Segundo Posner (2007), Dworkin afirma que existe uma resposta certa. Ele contesta a tese de Dworkin, ressaltando que a controvérsia prossegue. Posner não aceita a existência de uma resposta certa para os casos difíceis, mas a indeterminabilidade do direito. Na visão de Posner, a determinação do que é “o direito”, para Dworkin e a maioria dos pensadores jurídicos, “não é uma simples questão de perguntar se, muito tempo atrás, os autores da Constituição emitiram uma ordem aos juízes modernos para que fizessem isso ou aquilo” (POSNER, 2007, p. 263).

Diferentemente de Dworkin, que entende que uma questão de direito não é indeterminada, Posner (2007a, p. 265) sustenta que em “uma disputa, na qual é impossível dizer qual dos lados tem o argumento mais forte, é indeterminada”. Além disso, em relação a afirmação de Dworkin de que a interpretação jurídica se assemelha a interpretação literária, Posner sustenta que esse argumento negligencia o fato de que, “a despeito da forma científica da investigação sobre a adequação (...), uma interpretação literária não é verificável pelos métodos da investigação exata” (POSNER, 2007a, p. 265).

Para Posner (2007a, p. 266), o exemplo literário é particularmente inadequado, pois nenhuma composição literária exige que os personagens ficcionais se comportem “realisticamente”, nem que tenham histórias de vida coerentes.



Há um abismo, segundo Posner (2007a, p. 268), entre dizer que discussão de questões morais, históricas, políticas – e juridicamente difíceis – seja interessante, ou mesmo produtiva, e dizer “que, em princípio, existem respostas corretas para todas, ou para maioria dessas questões”.

Posner sugere outros três aspectos nos quais a comparação feita por Dworkin entre interpretação legal e interpretação literária na verdade destrói a busca de respostas certas na decisão judicial de casos difíceis. Em primeiro lugar, é fácil encontrar exemplos literários de questões totalmente indeterminadas, pois “os autores dos textos relevantes não fornecem aos leitores informações suficientes para permitir uma resposta” (POSNER, 2007a, p. 270). Em segundo lugar, é mais comum a interpretação de uma obra literária ser de modo divergente, em razão da formação educacional, política e religiosa dos interpretes; o mesmo acontece em direito. Em terceiro lugar, “a analogia mais próxima entre interpretação literária e legal é a tentativa de prever, a partir da vida e da obra de um autor, de que modo ele teria reagido a um problema contemporâneo” (POSNER, 2007a, p. 271).

Em relação as questões de fato nos casos difíceis, o resultado vai depender do ônus da prova e nem sempre da verdade. “A impossibilidade de recuperar o passado com total confiança através dos métodos contenciosos deveria lembrar-nos da insistência pragmatista em que a indagação científica deve proceder sem a certeza de que a verdade objetiva é alcançável” (POSNER, 2007a, p. 292).

Neste cenário, observa-se a divergência de Posner e Dworkin acerca da existência ou não de uma resposta correta para a decisão judicial de casos difíceis. Dworkin não afirma a existência de uma única resposta certa, mas questiona aqueles que duvidam dessa possibilidade. Posner, por sua vez, nega peremptoriamente a possibilidade de uma única resposta certa e para isso faz severa crítica à interpretação construtivista semelhante a interpretação literária em que se funda a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo, conforme já explicitado, teve como objeto de estudo a exposição e análise do debate travado entre Dworkin e Posner, cujo enfoque foram as divergências existentes entre eles sobre como deve proceder o juiz na decisão judicial de casos difíceis.



Como demonstrado ao longo do presente ensaio, Dworkin e Posner divergem principalmente sobre o uso ou não de argumentos de políticas para casos difíceis e a existência ou não de uma resposta certa. O objeto da divergência é revelado a partir da análise dos fundamentos das teorias que eles defendem.

Ambos os autores estão preocupados em estabelecer que fundamentos podem ser utilizados pelos julgadores quando enfrentam casos de alta complexidade em que não se pode fazer recurso a padrões normativos consensualmente aceitos como aplicáveis à situação litigiosa.

Eles não negam que a adjudicação de direitos possam ocorrer em outras esferas, mas examinam particularmente os processos judiciais como ambiente destacado para debate e análise das questões de racionalidade, objetividade, correção e moralidade no Direito.

A divergência entre os autores é de especial impacto para a compreensão da concretização de direitos fundamentais que se constituem em objeto de decisão na grande maioria dos casos que assumem a feição de casos difíceis.

A Teoria do Direito como Integridade de Dworkin estabelece que os juízes devem decidir os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos, já pré-existentes. Segundo a teoria dworkiniana, o juiz, ao julgar casos difíceis, sempre estará vinculado a norma jurídica, não havendo espaço pra discricionariedade. Essa vinculação à norma jurídica decorre do fato de que, quando o caso controverso não for abarcado por uma regra jurídica, o julgador, através de um método de interpretação construtiva, deve encontrar e ponderar quais princípios jurídicos podem ser aplicados ao caso. Com este raciocínio, Dworkin não admite a discricionariedade do juiz nem o uso de argumentos de políticas para fundamentar decisões judiciais.

Essa concepção, portanto, ao estabelecer a remissão aos princípios, exige que o juiz deva levar em consideração a moralidade política como fonte normativa, excluindo, assim, uma abordagem eminentemente discricionária.

Essa perspectiva, assim, exige que a análise e argumentação se opere não no plano da vontade do decisor, mas em termos de fundamentação dos direitos incluindo-se a argumentação moral correlata.

Posner, por outro lado, como se observou no decorrer do ensaio, é um defensor do Pragmatismo Jurídico que sustenta uma postura antiteórica do Direito. Na sua visão, a decisão judicial trata regras e princípios jurídicos como diretriz e não como um dever a ser observado de forma irrestrita pelo juiz, no julgamento de casos difíceis. Ao enfatizar a importância da



prática, do olhar adiante e das consequências como preponderante para a decisão judicial, o pragmatismo jurídico de Posner se revela antiteórico e empírico.

A despeito de muitas ideias de Posner terem sido aperfeiçoadas durante o desenvolvimento de sua teoria, ele enfatiza a possibilidade pragmática de atuação do juiz enquanto legislador ocasional nos casos difíceis, o que colide frontalmente com a visão de Dworkin sobre a vinculação do juiz às regras e aos princípios jurídicos como fundamentos da decisão. Além disso, Posner rejeita a filosofia como método único para a busca de unidade e da ordem, reconhecendo que qualquer outro método teórico que conduza a uma investigação empírica razoável será mais bem avaliada, sob o ponto de vista do seu pragmatismo jurídico.

Essa postura antiteórica de Posner, que se vê revelada na sua contundente afirmação de que não existe uma única resposta certa para decisão judicial de casos difíceis, é fortemente criticada por Dworkin que, como demonstrado ao longo do artigo, tem na teoria do Direito como Integridade e na Filosofia Moral e Política a base de seu pensamento.

De todo o exposto, pôde-se extrair que a principal diferença entre Dworkin e Posner é que, enquanto o primeiro acredita que deve haver em certas situações complexas uma razão moral que deva guiar os juízes nas decisões, o segundo, embora não duvide que a moralidade exerça uma influência sobre o direito, acredita que a razão moral é apenas uma forma de controvérsia política.

Isso implica em reconhecer que a abordagem de Posner tende a conferir ao juiz uma maior amplitude de fundamentos para a decisão dotados da mesma forma persuasiva e sem qualquer hierarquia normativa, de modo que a decisão, nos casos complexos, tem ao mesmo tempo que consorciar os eventuais fundamentos morais com os efeitos sociais decorrentes das hipotéticas soluções.

Em que pese a natureza do debate, o fato é que tanto Posner – a sua postura antiteórica é por si mesma uma teoria – quanto Dworkin se recusam a aceitar que os casos complexos possam ser decididos sem que seja feita o recurso a uma teoria do Direito.

O debate, em si, é altamente relevante nos nossos dias, pois com a migração da pretensão de adjudicação de direitos para o plano judiciário, em especial, os fundamentais, cada vez mais o processo de decisão dos juízes e tribunais deve ser justificada e motivada de forma a realmente atender às questões e problemas que isso suscita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS



ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin.** Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. **Há uma resposta certa em casos difíceis? Elementos para análise dos direitos humanos em juízo.** In: Saber. Ciências sociais aplicadas. Belém, v. 6, n. 1-2, p. 63-74, jan/dez, 2007.

DWORKIN, Ronald. M. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GREEN, Craig. **What does Richard Posner know about how judges think?** Califórnia: California Law Review, v. 98, pp. 625-666, 2010.

PEREIRA, Leonardo Fadul. **Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: Algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner.** In: DIAS, Jean Carlos (coord.). O pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Rev. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Para além do Direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



_____. **How judges think?** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

_____. **Problemas da filosofia do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **Economic analysis of law.** 7ª. Ed. New York: Aspen Publishers, 2007b.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução.** Coimbra: Almedina, 2007.

SGARBI, Adian. **Clássicos de Teoria do Direito.** 2ª. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.